

DESAFIO KELSENIANO, HERMENÊUTICA E RAZÃO PRÁTICA

Roberto Angotti Junior (*)

Procurador do Município de São Paulo

1. Introdução

Alguns podem estranhar de início o título escolhido. Afinal o que relaciona o Desafio kelseniano, a hermenêutica filosófica e a razão prática? Trata-se de uma abordagem que tangencia a linha de pensamento que analisa a questão da hermenêutica filosófica e seu impacto na filosofia do direito, tendo em vista a revalorização da razão prática como o campo por excelência da definição do direito. Nessa toada, o objetivo primário do presente trabalho é analisar o estado atual da discussão sobre hermenêutica e razão prática no Brasil, sendo escolhida, pelos motivos expostos adiante, a teoria desenvolvida por Eros Grau na obra “Ensaio e Discurso sobre Interpretação / Aplicação do Direito”, estabelecendo um diálogo do autor com a hermenêutica filosófica de Paul Ricoeur.

Em outras palavras, pensamos que, talvez, possamos introduzir na discussão sobre interpretação / aplicação do direito, o chamado “desafio kelseniano”, uma abordagem, se não mais útil, pelo menos mais diversa, admitindo desde já que nem tudo o que é diferente é útil e talvez seja esse mesmo o caso aqui.

Para tanto, após uma breve explanação sobre o desafio kelseniano e a questão da interpretação e aplicação da lei, introduziremos noções gerais sobre a hermenêutica filosófica e, especificamente sobre as ideias de Paul Ricoeur sobre a passagem da teoria do texto à teoria da ação, como forma de chegar à proposta da ontologia como forma de compreensão do direito.

Com base em tais premissas, como objetivos secundários a serem atingidos, intenta-se lançar bases para uma eventual evolução do pensamento de Eros Grau na busca da justiça como sentido do direito.

Em suma, pensamos que, talvez, possamos introduzir à discussão sobre interpretação / aplicação do direito, o chamado “desafio kelseniano”, uma abordagem, se não útil, pelo menos diversa, admitindo desde já que nem tudo o que é diferente é útil e talvez seja esse mesmo o caso aqui.

Por outro lado, deixemos claro: o que se tenta aqui não é superar Eros Grau, mas somente relê-lo sob a perspectiva de um autor com o qual ele aparentemente não

conversa. E talvez lançar aos mais letrados uma perspectiva para, aí sim, tentar uma evolução do pensamento do notável autor escolhido.

2. O “Desafio Kelseniano”

Hans Kelsen¹ recusa a possibilidade de uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar em verdade ou falsidade de uma determinada interpretação, distinguindo “interpretação não-autêntica” e “autêntica”, de acordo com a natureza do ato.

A primeira modalidade de interpretação, também chamada “doutrinária”, de certa forma para na primeira fase do ato interpretativo, pois não cabe a ela exercer um ato decisório, à míngua de competência para tanto. Sendo mero ato cognitivo, no máximo serve para demonstrar cientificamente o fenômeno da plurivocidade das normas jurídicas, mas nunca para atribuir-lhes sentido unívoco, sob pena de ultrapassar os limites da ciência, exercendo um ato de vontade, travestido de interpretação jurídica. À ciência do direito caberia apenas elencar os sentidos possíveis da norma jurídica, superando a ficção de uma única interpretação correta.

Apenas a interpretação autêntica decorre de um ato de autoridade, no exercício de uma competência juridicamente estabelecida. É aquela formulada pelo Legislativo na elaboração das leis em atenção aos comandos constitucionais, pelo Executivo na regulamentação das leis e pelo Judiciário na sua aplicação. Embora pressuponha um prévio ato de conhecimento (eu sei), é indissociável a tal interpretação um ato de vontade (eu quero). Apenas essa categoria de intérpretes exauriria o ato interpretativo. Para Kelsen, portanto, na interpretação autêntica é muito mais relevante o ato decisório do que o cognitivo. É esse ato de vontade (político), que supre a plurivocidade inerente ao discurso normativo.

Em uma palavra: se a diferenciação nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe tão somente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando a respeito de sua maior ou menor pertinência.

¹ *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 40 e seguintes.

A frustração epistemológica causada pela falta de fundamento para o desenvolvimento de uma dogmática hermenêutica com base na teoria de Hans Kelsen, cria o que Tércio Sampaio Ferraz Jr.² chamou de “desafio kelseniano”, com o intuito de descobrir como obter, senão uma objetividade total do sentido da norma, a maior objetividade possível. O chamado “desafio kelseniano” é, portanto, o objeto de estudo da teoria da interpretação, segundo o eminente professor.

Seja como for, diferentemente das proposições linguísticas comuns, como reguladora da conduta humana, a norma deve ser interpretada não somente com vistas à plena obtenção do seu significado, mas à obtenção de seu significado de acordo com os ditames da justiça. E, sabido que o discurso jurídico não se encontra infenso à ideologia, no sentido de sempre estar sujeito às opções e escolhas de quem o constrói, sob a influência de fatores políticos, religiosos, econômicos, sociais, culturais, históricos etc, talvez mais importante do que buscar a objetividade da norma, seja buscar a justiça na sua aplicação.

A busca pela justiça é um dos temas mais complexos e certamente a mais importante discussão travada pela Filosofia do Direito. Afinal, nisso parece não residir controvérsia, a justiça é o fundamento do Direito e o seu fim. É pela hermenêutica que se aproxima o Direito da Justiça. Mas será que podemos prosseguir falar em fazer “justiça” simplesmente buscando a objetividade da norma? Ainda há espaço para tal abordagem na filosofia contemporânea? Como a questão da hermenêutica filosófica e da razão prática se insere nesta discussão?

3. Interpretação / aplicação do direito

Ainda hoje, é mais comum do que deveria ser a abordagem eminentemente positivista do desafio kelseniano, tratando a interpretação do direito como uma ciência exata, baseada na simples subsunção lógica do fato à norma e relegando à interpretação autêntica o trabalho de sua aplicação. Mas não cumpre falar aqui de tais casos. A crítica fina requer a escolha das melhores ideias em voga, ainda que sob o risco de não ser bem sucedida. Nesse ponto, a passagem por Dworkin e, por conseguinte, por seus seguidores, é essencial.

Até mesmo em razão dessa dificuldade de objetivação narrada no desafio kelseniano, alguns autores preferem pensar na interpretação não como mera revelação

² *Introdução do estudo do direito*. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003, pág. 263.

do conteúdo do direito preexistente, mas como construção do próprio Direito. Embora tal assertiva seja vista com reservas por alguns, muitos atribuem à atividade exegética a função de construção do sistema jurídico. Weber já afirmava ser o juiz criador de uma norma geral como direito objetivo, por que sua máxima iria além do caso concreto³.

Ronald Dworkin parece-nos abordar a questão sob esse ângulo⁴. Ao intentar responder a questão sobre se os juízes devem tomar decisões políticas, o professor britânico aborda a questão sob o enfoque da concepção de Estado de Direito “centrada nos direitos” em contraposição àquela que chama de “centrada no texto legal”, posicionando-se claramente em favor da primeira, em nome da interpretação fundada no conteúdo axiológico dos princípios subjacentes à norma, especialmente no ato de aplicação do direito pelos Tribunais.

Nesse sentido, calcando-se na assertiva de que a interpretação do direito é essencialmente política, o autor afirma ser mais conveniente que uma decisão judicial se fundamente explicitamente em princípios políticos que possam ser testados em face do sistema vigente, do que em supostas bases semânticas neutras que ocultariam, na verdade, convicções pessoais do julgador. Como já se disse, para Dworkin, ante a impossibilidade de neutralidade absoluta do intérprete, clareza é sinônimo de objetividade.

Eros Grau não nega sua raiz dworkiana. É o próprio autor quem afirma que, inspirado no *Taking Rights Seriously*, foi ele quem primeiro tratou no Brasil acerca da mudança de paradigma trazida pela inserção dos “princípios” na discussão acerca da interpretação e aplicação do direito, em capítulo da obra publicada como “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, com que, em 1989, conquistou a titularidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mas é no bem mais recente “Ensaio e Discurso sobre Interpretação / Aplicação do Direito” que Grau efetivamente chega naquilo que nos interessa.

Segundo a obra, o intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo, produzindo um novo texto sobre o texto original. Em outras palavras, o juiz produz o direito, complementando o trabalho do legislador⁵. Ou seja, para o autor a interpretação do direito não seria uma atividade de conhecimento, declaratória, no

³ *Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Unb, 2000, vol. II, pág. 71.

⁴ *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, págs. 08 e seguintes.

⁵ Op. Cit., p. 60.

sentido de encontrar o sentido do texto normativo, mas sim constitutiva, no sentido de reconstruir a norma a partir do texto e dos fatos.

A norma é composta por texto e realidade, onde estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. O ordenamento jurídico é formado e conformado pela realidade. A concretização da norma implica caminhar do texto da norma para a norma concreta (norma jurídica), para chegar, finalmente, à norma de decisão, aquela que solucionará o caso concreto⁶.

Aqui é essencial a distinção efetuada pelo autor entre a interpretação desenvolvida pelos juízes (intérpretes autênticos) dos “exercícios de interpretação” praticados pelos demais operadores do direito e pela doutrina, faltando aos últimos o ato decisório, momento final da interpretação do direito⁷. Aqui o Eros deixa clara a sua posição eminentemente Kelseniana.

Na parte dedicada ao “discurso”, o autor assim sintetiza o próprio pensamento até ali desenvolvido: *“Alcançado esse ponto de minha exposição, uma breve síntese pode ser ensaiada, na afirmação de que a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.”*⁸

O trecho acima transcrito, na parte do livro relativa ao “discurso” de Eros, precede o capítulo intitulado “A interpretação do direito é uma prudência”, no qual o autor, coloca, com precisão, tratar-se o ato de interpretação um “saber prático” a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles. Segundo ele, o intérprete autêntico (exatamente no sentido Kelseniano acima visto) ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudentia* e não *juris sciencia*, atuando segundo a lógica da preferência e não conforme a lógica da consequência, escolhendo entre várias possibilidades corretas.

Após alusão à estrutura da pré-compreensão e ao círculo hermenêutico, o autor coloca o repúdio à metodologia tradicional da interpretação, afirmando inexistirem regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, que acabam

⁶ Op. Cit., p. 75.

⁷ Op. Cit., p. 62.

⁸ Op. Cit., p.34.

por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente.

Na sequência, o autor propõe a adoção de algumas “pautas” para o exercício de uma interpretação adequada à prudência, concluindo pela preponderância que os princípios devem exercer sobre a interpretação do direito, ante a coerência ao sistema proporcionada por eles. Nesse ponto, reafirma a impossibilidade da neutralidade política do intérprete, que se dissolve na práxis do direito, afirmando que todas as decisões jurídicas, são também políticas.

Em suma, podemos afirmar que Eros Grau, responde ao desafio kelseniano, negando a possibilidade de uma objetividade na interpretação da norma, mas reconhecendo a possibilidade de se chegar a decisões melhores com o exercício da *juris prudentia* lastreada nos princípios.

O autor, ao reconhecer a impossibilidade de um sistema científico ou filosófico neutro, rechaçando o sonho positivista e, de certa forma, admitindo a racionalidade retórica baseada nos princípios, espelha bem a atual situação da discussão em âmbito nacional.

Por outro lado, Eros Grau vai um pouco além, ao admitir a decisão judicial enquanto prudência, com a indispensável referência a fatos e contextos na produção da norma, abordando temas como pré-compreensão e círculo hermenêutico.

É exatamente nesse ponto que sua bem tramada teoria da interpretação e aplicação do direito aguça e frustra o leitor.

4. A hermenêutica filosófica de Paul Ricoeur

A hermenêutica filosófica funda-se, em linhas gerais, na ideia de “dasein”, algo que pode ser traduzido como “ser no mundo”, lançada por Martin Heidegger, em sua obra prima “Ser e Tempo”⁹. Baseada em tal concepção, a chamada “virada hermenêutica” ou *hermeneutic turn*¹⁰, encabeçada por Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur, a partir do pensamento de Dilthey e Schleiermacher, pugna o abandono da concepção puramente epistemológica da filosofia, na medida em que percebe o sujeito como ser envolvido no processo de conhecimento.

⁹ Campinas, SP: Editora da Unicamp. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

¹⁰ A expressão é de Don Hide em *Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur* (Luiz Rohden, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 65).

Foi especialmente com Gadamer que as hermenêuticas tradicionais do século XVIII, conhecidas como a simples arte de ler e interpretar textos, transformaram-se num projeto filosófico mais abrangente de entendimento do mundo, caracterizado em termos do chamado “círculo hermenêutico” e baseado na chamada “descoberta de Heidegger da estrutura prévia da compreensão”¹¹. Em Gadamer, todo entendimento humano é essencialmente um processo interpretativo lastreado na ideia de que somos parte daquilo que pretendemos compreender.

Por outro lado, a filosofia hermenêutica questiona a autossuficiência do método na era moderna, retomando aspectos daquilo que perdemos quando adotamos, sem maiores questionamentos, as verdades do Iluminismo. Trata-se de uma tentativa, ainda pouco explorada, de ir além do empreendimento epistemológico, a fim de buscar respostas que só podem ser obtidas na formulação de uma ontologia interpretativa preponderante. Em poucas palavras, trata-se de colocar a epistemologia sob o controle de uma ontologia prévia. Nas suas várias vertentes, podemos dizer que a hermenêutica filosófica tem em comum pretender articular “lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método”.¹²

Após traçar as linhas gerais da hermenêutica filosófica e antes de ingressar propriamente na crítica à abordagem feita acerca do tema por Eros Grau, cumpre-nos fincar as bases de onde partirão especificamente nossas premissas: a filosofia hermenêutica de Paul Ricoeur, mais especificamente em alguns artigos publicados na coletânea “Do texto à ação”¹³.

Paul Ricoeur, como ele próprio afirma¹⁴, situa-se numa “variante hermenêutica da fenomenologia”, na medida em que insere na discussão a dialética da compreensão e da explicação, por mediação textual, permitindo a libertação daquilo que ele chama de “idealismo” Husserliano, visando acrescentar precisão analítica à ontologia Heideggero-Gadameriana.

Na nossa modesta opinião, Ricoeur foi quem melhor desenvolveu uma teoria filosófica da interpretação que relaciona signos, símbolos e textos à ação humana. Na obra em questão, a segunda série de artigos¹⁵, assumida como o núcleo da obra e que

¹¹ *Verdade e Método*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, pág. 354.

¹² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 102.

¹³ Porto: Rés, _____.

¹⁴ *Do texto à ação*, pág. 36.

¹⁵ *Do texto à ação*. II. DA HERMENÊUTICA DOS TEXTOS À HERMENÊUTICA DA AÇÃO, págs. 139 a 275.

nos interessa mais de perto, procura demonstrar, a nosso ver com sucesso, como a interpretação textual pode ser um paradigma da ação dotada de sentido.

Em referência à função do texto¹⁶, Ricoeur sustenta que a referência ao mundo presente, característica da fala, é recuperada mediante da leitura do texto trabalhada como “apropriação” de mundo, sendo a tarefa da hermenêutica, valendo-se de uma articulação com a análise estrutural e despsicologizando a noção de “interpretação” pelos conceitos de Aristóteles e Peirce, fornecer subsídios teóricos para possibilitar o alcance de tal objetivo.

Na sequência, aborda os termos “explicação” e “compreensão” no âmbito da teoria do texto, teoria da ação e teoria da história¹⁷. Segundo o autor, são eles que permitiriam verificar a ruptura epistemológica existente entre as ciências da natureza e as ciências humanas, demonstrando que as competências específicas exigidas pela compreensão trazem uma descontinuidade intransponível entre as duas.

Utilizando o “paradigma do texto” (escrita) e o “paradigma da interpretação textual” (leitura) para demonstrar, respectivamente, a conformação do objeto do primeiro e a aplicabilidade metodológica da segunda, às ciências humanas, o autor chega à sua conclusão final acerca da insuperabilidade do círculo hermenêutico (correlação entre “compreender” e “explicar”) como estrutura do conhecimento aplicada às coisas humanas.

É calcado em tais premissas da filosofia hermenêutica e da teoria da ação, que Ricoeur vai tentar chegar, mais adiante, ao conceito perseguido de “razão prática”¹⁸. É essa singular passagem dos conceitos da filosofia hermenêutica para uma abordagem da razão prática, que fascina na obra ricoeuriana.

5. Prudência e razão prática

Já vimos que Eros Grau, na parte da obra relativa ao discurso, coloca, com propriedade, tratar-se o ato de interpretação de uma “prudência” e não de uma “ciência”. Trata-se de “saber prático”, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles¹⁹.

Com efeito, como já se disse, não há como fornecer leis universais, base do modelo de cientificidade, para um fato que só ocorre uma vez. Não há como utilizar um

¹⁶ *Do texto à ação*. “O que é um texto?”, págs. 141 a 162.

¹⁷ *Do texto à ação*. “Explicar e compreender”, págs. 163 a 183.

¹⁸ *Do texto à ação*. “A razão prática”, págs. 237 a 258.

¹⁹ *Ensaio e Discurso Sobre Interpretação / Aplicação do Direito*, p. 35.

modelo científico universal e determinista quando tratamos de seres dotados de razão, vontade e liberdade, que norteia seu comportamento contingente por fins e valores. Isso não é novo. Aristóteles já o havia percebido. Mas, infelizmente, somente a parcela do seu pensamento que trata das leis gerais e universais do saber foi tomada como paradigma. Com base nesse paradigma, o Iluminismo deu origem ao modelo positivista que obscureceu, por muito tempo, a obviedade das limitações da precisão científica.

Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento²⁰, bem resume a noção de prudência aristotélica, segundo São Tomás de Aquino: *Em relação às demais virtudes intelectuais, a prudência delas se distingue porque a inteligência, a sabedoria e a ciência têm por objeto o necessário, ao passo que ela se ocupa do contingente. Nem por isso se confunde com a arte, pois esta se ocupa do contingente no domínio da produção ou fabricação (os factibilia), ao passo que ela se refere ao contingente no domínio da ação (os agibilia).*

Esmiuçando tal ideia na parte relativa ao ensaio, Eros Grau chega à afirmação de Gadamer no sentido de que *“a prudência é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto, não é saber puro, separado do ser”*²¹. E prossegue: *“Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos um e outro: na ciência o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência não o desafio de respostas, mas de existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão”*.

E mais adiante, conclui: *Nem os princípios, nem a argumentação, segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática, permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa resposta verdadeira (única correta) não existe.*

Na sequência da obra, o autor, propondo a já referida superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato à norma, informa, baseado em Josef Esser, que a atual reflexão hermenêutica encaminha para a construção de uma *teoria da práxis da aplicação do direito*.

Sob o influxo de ideias similares, mas de resultados diversos, é aqui que Paul Ricoeur tem algo a dizer. Sua concepção de razão prática é, sem dúvida, a mais detalhada e bem construída com a qual já nos deparamos.

²⁰ *A prudência segundo Santo Tomás de Aquino*. p. 370.

²¹ *Ensaio e Discurso Sobre Interpretação / Aplicação do Direito*, p. 100.

Ricoeur, partindo de um conceito elementar, entendido semanticamente no âmbito da teoria da ação como “razão de agir”, passando pela ideia sintática de “raciocínio prático” e sociológica de “regra de ação”, chega ao conceito perseguido de “razão prática” de caráter hegeliano, mas que encontra sua função não como pretensão de saber (razão especulativa), mas como “crítica das ideologias”. Percorreremos parte desse caminho para demonstrar que o conceito de prudência aristotélica merece aprofundamento para que seja realmente útil à interpretação / aplicação do direito.

A primeira preocupação do filósofo francês na abordagem do tema é a satisfação de duas exigências: “*que mereça chamar-se razão, mas que conserve características irreduzíveis à racionalidade técnico-científica*”²².

No ponto de partida, ligado à teoria da Ação, o conceito de razão prática em Ricoeur identifica-se com as condições de inteligibilidade da ação sensata, ou seja, aquela de que um agente pode dar conta a outro ou a si mesmo de tal modo que aquele que recebe este relato aceita-o como inteligível.

Trata o autor da noção de “razão de agir”, ligada à justificação do que fazemos e porque fazemos, na qual a questão da motivação ganha particular relevância²³.

Especialmente na esfera punitiva, podemos pensar, na avaliação dos “motivos” da infração como hipótese de gradação legislativa e judicial das penas, entre outros exemplos que poderíamos levantar sem grande esforço.

Por outro lado, desnecessário frisar a particular relevância que o aprofundamento de tais noções traz para a questão da interpretação e aplicação do direito, considerando que tanto as decisões judiciais, quanto as administrativas, devem obediência ao princípio da “motivação”²⁴.

E aqui já podemos perceber a insuficiência da noção de prudência proposta por Eros. De que tratam as inúmeras páginas gastas para cuidar da aplicação dos princípios, senão de motivação para as decisões judiciais? Percebe-se, portanto, que tal solução (a dos princípios) não teria sequer mais musculatura do que essa primeira noção de “razão de agir” que Ricoeur traz logo no início da sua exposição sobre razão prática.

²² *Do texto à ação*, pág. 237.

²³ *Op. Cit.*, pág. 238.

²⁴ Antecipando uma possível crítica, lembremos que Ricoeur, ao tratar dos termos “explicação” e “compreensão”, equipara os paradigmas do texto e da ação (além da história), razão pela qual a inserção da questão da interpretação do direito aqui nos parece absolutamente adequada.

A migração da noção de “razão de agir” para a de “raciocínio prático” em Ricoeur, marca a migração do enfoque semântico para o sintático, com a introdução de componentes que já não dizem respeito à teoria da ação. Saímos da esfera da motivação para ingressar na esfera da ação ordenada pelos meios. Neste sentido, a noção de razão de agir se relaciona com o caminho a ser percorrido intencionalmente.

Segundo o filósofo *“A ‘sintaxe’ do raciocínio prático que parece a mais conforme aos traços da ‘semântica’ da acção que acabamos de apresentar é precisamente a que se apoia na noção de razão de agir, no sentido de intenção com que se faz alguma coisa. A ideia de uma ordem das razões de agir é a chave do raciocínio prático. Este tem apenas como função pôr em ordem as “longas cadeias de razões” suscitadas pela intenção terminal.”*

Ou como ele mesmo finaliza: *“Regressamos ao que diz Aristóteles: ‘só se delibera a partir dos meios’. O que esta ordenação requer, finalmente, é a distância entre o carácter de desejabilidade e a acção singular. Uma vez posta intencionalmente esta distância, o raciocínio prático consiste em ordenar a cadeia dos meios numa estratégia.”*²⁵

A razão de agir tida por última, a intenção terminal, ou seja, aquela que esgota a série dos porquês para a realização de uma determinada conduta, é o que Ricoeur chama de “caráter de desejabilidade”, e que ordena regressivamente a série de meios encarados para satisfazê-la, mediante o raciocínio prático.

Aqui uma observação deve ser feita. Eros sustenta textualmente que a metodologia tradicional de interpretação funciona tão somente como justificativa a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente. Ou seja, para ele, na verdade, a decisão é tomada antes mesmo da aplicação da lei. Nesse sentido, o conceito de raciocínio prático que Eros atribuiria ao juiz coincidiria com a noção desenvolvida por Ricoeur até aqui.

O problema, novamente, é que, como deixa claro o filósofo logo no início da sessão seguinte, sua noção de razão de agir, mesmo completada pela de raciocínio prático, ainda está em pleno desenvolvimento, estando *“longe de cobrir todo campo de significações implicadas pelo termo razão prática”*²⁶.

Pretende então o autor ultrapassá-la pela introdução da noção de ação regrada ou normatizada (ação mediatizada por símbolos), inserindo a ideia de que a sensatez da

²⁵ Op. Cit., p. 242.

²⁶ Op. Cit., p. 243.

ação é aferida por regras semânticas e sintáticas que envolvem as convenções da comunidade discursiva.

Note-se que, aqui, como adverte o próprio Ricoeur, a noção de regra não tem relação com coercitividade, mas com o fornecimento de um contexto de descrição para as ações particulares. Como diz o filósofo “*É nos termos de, em função de... tal regra simbólica que podemos interpretar tal comportamento como (significando isto ou aquilo).*”²⁷

E esse é exatamente o contributo dessa noção de ação simbólica para nossa investigação, na medida em que permite ultrapassar o enfoque individual de ação, despsicologizando a noção de razão prática na medida em que lhe introduz um componente sociológico.²⁸

Por outro lado, ao introduzir a noção de norma e de regra, abrem-se novas perspectivas, que superam o mero encadeamento de razões e partindo para a argumentação sobre as premissas maiores do silogismo prático. Já não se trata da distância a ser percorrida pelo raciocínio prático para alcançar a razão de agir tida por última, a intenção terminal, mas de, abrir um novo espaço de jogo, onde pretensões normativas antagônicas convocam a razão prática a arbitrar o debate.

Entra aqui também a concepção de “ideologia”, como sistema de legitimação que da ordem estabelecida. Mas ingressar nessa seara alongaria por demais o debate²⁹. No momento importa mais situar a definição de razão prática nesse estágio do pensamento de Ricoeur.

E só aqui o autor afirma estar “próximo” da noção Aristotélica de *phrônesis*, restando claro que a abordagem da prudência na obra de Eros Grau, teria muito a ganhar com a noção de razão prática desenvolvida por Paul Ricoeur.

6. Epistemologia da distanciação versus ontologia da pertença

²⁷ Op. Cit., p. 244.

²⁸ Op. Cit., p. 245

²⁹ Para chegar à “crítica das ideologias”, Ricoeur, vai, ainda, passar por Kant, que, segundo o autor, embora tenha como mérito ter colocado a questão da liberdade no centro da discussão, moralizou excessivamente o conceito de razão prática, para chegar a Hegel, quem, para ele, tem a proposta mais tentadora, ao fundar na *Sittlichkeit* – na vida ética concreta – as origens e os recursos da ação sensata. Tal ideia, porém, traria uma concepção perigosa ao elevar o espírito acima da consciência individual e mesmo acima da intersubjectividade, hipostasiando a ideia de Estado (págs. 248 a 254).

Ao abordar primeiramente o termo “compreensão” e, posteriormente, a pré-compreensão e o círculo hermenêutico, Eros Grau complementa a ideia já lançada anteriormente de superação da concepção de interpretação do direito predominante até os anos 70 de mero esquematismo de subsunção dos fatos à norma.

Na parte dedicada à prudência, pré-compreensão e círculo hermenêutico³⁰, Grau afirma que a evolução da reflexão hermenêutica permitiu tal superação na medida em que a compreensão escapara ao âmbito da ciência, respeitando ao ser-no-mundo Heideggeriano. Para não correr o risco de ser infiel às ideias do autor, cumpre transcrevê-las textualmente: *“A compreensão escapa ao âmbito da ciência. A compreensão respeita ao ser no mundo (Dasein). E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é – sendo estar em jogo seu próprio ser [Heidegger 1988:21-22]. Logo, o compreender é algo existencial; a compreensão do ser é, ela mesma, um determinação de ser do ser no mundo³¹ ...”*

Bem colocando a compreensão fora do campo da ciência, o autor segue a linha da hermenêutica filosófica de afirmar não ser o direito um “objeto”, passível de análise exterior com o distanciamento metodológico próprio das ciências naturais. Nesse ponto, Ricoeur vai demonstrar a descontinuidade epistemológica intransponível entre as ciências da natureza e as ciências humanas, ante as competências específicas exigidas pela compreensão³².

É a questão presente em Gadamer³³ acerca da distanciação alienante e da pertença, que Paul Ricoeur aborda ao tratar da “função hermenêutica da distanciação”³⁴, demonstrando de que forma se opera o distanciamento mediado pelo texto, primeiro, pela realização da linguagem como discurso e, segundo, mediante a composição estrutural do discurso como obra, alcançando a noção de “mundo do texto”, essencial para a ideia de que interpretar é explicitar o modo de “ser-no-mundo” (o “dasein” heideggeriano) exposto diante do texto.

Nesse sentido, nada obstante Eros Grau tenha chegado à irretocável conclusão de que a estrutura da pré-compreensão e o círculo hermenêutico repudiam a metodologia tradicional da interpretação, afirmando inexistirem regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, que acabam por funcionar como

³⁰ Capítulo XVI do “Discurso” e págs. 106 e seguintes do “Ensaio”.

³¹ pág, 106.

³² *Do texto à ação*. “Explicar e compreender”, págs. 163 a 183.

³³ *Verdade e Método*. 12ª. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

³⁴ *Do texto à ação*, págs. 109 e seguintes.

justificativas a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente, curiosamente, o autor propõe a adoção de algumas “pautas” para o exercício de uma interpretação adequada à prudência: (i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira aos princípios.

Prosseguindo na leitura dos aludidos cânones interpretativos, percebe-se, com alguma decepção, que o autor, embora tenha sugerido uma abordagem de cunho ontológico ao tratar da pré-compreensão e do círculo hermenêutico, retorna a uma “epistemologia dos princípios”, o que, se à época da publicação de sua tese talvez fosse uma belíssima novidade no País, hoje já nos parece bastante saturada.

Ou seja, o autor abandona a investigação ontológica de “compreender” e parte para um modelo positivista mitigado onde sobressai muito mais o modelo explicativo das ciências naturais do que um paradigma adequado à interpretação dos problemas ligados às ciências humanas.

Embora caminhe na direção da hermenêutica filosófica, Eros não resiste à tentação de retorno à velha fórmula científica da distinção entre sujeito conhecedor e objeto do conhecimento, que, se nas ciências naturais tem por grande mérito a busca da objetividade, nas ciências humanas em geral não tem fornecido soluções satisfatórias.

O problema da obra de Eros Grau, e no mais, da esmagadora maioria dos trabalhos sobre interpretação e aplicação do direito, é que ela simplesmente desconsidera essa diferença entre pertença-ontológica e distanciação-metodológica, trazendo o argumento da compreensão hermenêutica na base de uma teoria da interpretação de cunho essencialmente epistemológico.

E é justamente isso que incomoda na obra de Eros grau. Embora invoque a hermenêutica filosófica como base para a compreensão da norma, coloca toda força de sua argumentação na epistemologia dos princípios, no velho e bom sistema de subsunção do fato à norma que ele mesmo critica.

Cumprе lembrar que José Reinaldo de Lima Lopes³⁵, numa crítica direta a Ronald Dworkin, bem demonstrou a falsidade da solução dos princípios no âmbito do juízo, demonstrando a que não há diferença lógica entre princípios e regras, e que a substituição das últimas pelos primeiros não garante o bom procedimento de raciocínio prático.

³⁵ *Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

Em suma, embora admita a importância do fenômeno da compreensão no âmbito da hermenêutica filosófica, Eros não processa a ruptura filosófica que se poderia esperar de migrar de uma “epistemologia” para uma “ontologia” do direito, retomando a já saturada solução dos princípios.

Num possível aprimoramento do pensamento do autor, a cargo de quem se qualifique para tanto, parece-nos plausível propor uma extensão do papel da hermenêutica filosófica no sentido de compreender o fenômeno jurídico em sua integralidade.

Uma ideia a ser desenvolvida seria, em linhas gerais, relativizar a indutividade condutora à atual formulação das teorias interpretativas tradicionais, procurando fornecer elementos à compreensão do justo mediante uma perspectiva ontológica, investigando em que medida esta nos auxilia a compreender a essência do direito, sem a total submissão ao distanciamento metodológico das epistemologias tradicionais.

A tarefa da hermenêutica proposta por Ricoeur no que se refere especificamente à interpretação e aplicação do direito parece-nos que é reconstruir o sentido da norma, pela compreensão, que possibilita uma arte de conjecturar em relação ao significado do texto, colocada à prova, posteriormente, pelo método da ‘validação’, momento explicativo que constitui a cientificidade das ciências humanas, mas que será sempre uma operação subordinada à prévia “compreensão”. Lembrando que a epistemologia da explicação estará sempre em posição ancilar à ontologia da compreensão que a precede.

A compreensão traria a verdadeira fonte de significado, fundada na ação e na consequente normatividade social decorrente da prática, sendo a interpretação secundária e meramente reflexiva, utilizada somente no caso de interrupção da compreensão. Ou seja, a compreensão é fundamental para o nosso papel como participantes nas práticas sociais e, logo, no direito. A interpretação, ao contrário é uma atividade em que nos envolvemos quando nossa compreensão de como continuar numa prática é rompida³⁶.

Pensamos que uma teoria, como a de Eros, que pretende ligar a filosofia hermenêutica à prudência aristotélica e, logo, à razão prática, necessariamente deve percorrer Paul Ricoeur, na medida em que deve perseguir a compreensão dos fatos jurídicos como ação, buscando seu sentido através da linguagem. Uma ontologia da

³⁶ PATTERSON, Dennis. “Wittgenstein on understanding and interpretation” (Comments on the work of Thomas Morawetz). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284. Acesso aos 05/06/2013, pág. 131.

justiça, buscada pela hermenêutica filosófica a quem o autor, aparentemente rende homenagens, deve estar preocupada em responder diante de tais fatos: “qual o sentido do direito para fazer justiça neste caso concreto?”

7. Conclusões

No limiar da mais avançada jusfilosofia os cânones do “desafio kelseniano” não mais se sustentam. Não porque se tenha conseguido atingir, enfim, técnicas que levem a uma objetividade da norma. A própria racionalidade dialético-retórica³⁷ já havia desistido do intento ao se firmar em raciocínios meramente verossímeis, prováveis, plausíveis, admissíveis, situando em seus lindes a doutrina nacional que trata do assunto, regra à qual Eros Grau não representa exceção.

O autor que acertadamente recusara a possibilidade de objetividade na produção da norma concreta, admitira a decisão judicial como uma prudência, ligando-a a questão da razão prática e até ameaçara enveredar para uma abordagem hermenêutico-filosófica do problema, parece arrepender-se, passando a trabalhar, ainda que não declaradamente, se não num modelo cientificista, pelo menos em termos da já saturada e insuficiente racionalidade discursiva dos princípios.

Isso é louvável, no sentido de evitar que algo injusto e reprovável seja considerado vitorioso num discurso, vale dizer no caso, numa decisão judicial, mas a semente da razão prática e da hermenêutica lançadas poderiam fazer ir mais além. Há interpretações melhores que outras, é verdade, e neste ponto a solução dos princípios é válida. O que não dá é para negar a influência da ideologia em tais decisões. O próprio Hart afirma que os tribunais ingleses frequentemente desmentem (leia-se “mascaram”) a sua atividade criadora colocando as coisas em termos de mera revelação do conteúdo do direito preexistente³⁸.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica parece ser a melhor forma de encarar o tema com honestidade, na medida em que sua consistência filosófica se funda justamente na admissão de suas próprias limitações. Por outro lado, parece-nos que Paul Ricoeur tem muito a contribuir com essa discussão. Afinal, o juízo da razão prática não é um ato de conhecimento. Sua utilidade é produzir ação e não teoria. Com Ricoeur,

³⁷ Sobre a superação da “racionalidade dialético-retórica” pela hermenêutica filosófica ver ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 45 e segs.

³⁸ *O conceito de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012, pág. 176.

talvez possamos, afinal, passar de uma discussão sobre o texto, para uma discussão sobre a ação.

Nesse arcabouço teórico, compreensão e prudência, interpretação e prática, andam sempre juntas. Eu passo a conceber o direito como ação. As normas não descrevem, nem constata, mas dirigem a nossa ação. O homem mantém ou muda o direito não só legislando, interpretando-o e aplicando-o, mas agindo. E o direito muda, quando o homem muda a sua compreensão sobre si. Ele se compreende e deve ser compreendido dentro desse processo. E, como afirma Charles Taylor³⁹, a nossa interpretação de nós mesmos e nossa experiência, são constitutivas do que somos e, por conseguinte, não podem ser consideradas como um mero ponto de vista sobre a realidade, objetivamente narrável. É aqui que os postulados da hermenêutica filosófica, mediante a razão prática, merecem ser aprofundados como uma ontologia do direito.

Enfim, esses são os desafios de quem, por ora, envereda pelo caminho da filosofia hermenêutica. A extensão do uso dos seus postulados é ainda uma incógnita.

Não desconhecemos as críticas, advindas principalmente da filosofia analítica, que veem na compreensão, e em outros recursos da hermenêutica filosófica, uma insuficiência de recursos para examinar a validade dos textos interpretados. É que, certamente, sua preocupação vai além da exegese clássica. E, de qualquer forma, se a hermenêutica sem a filosofia analítica carece de objetividade, certamente a filosofia analítica sem a hermenêutica carece de conteúdo.

Também não desconhecemos as críticas no sentido de que a filosofia hermenêutica mal aplicada, ao abolir a busca pela objetividade e relativizar a verdade, pode dar ensejo a formas inaceitáveis de arbítrio. Ocorre que isso também se dá na racionalidade discursiva. Apenas entendemos que a honestidade da hermenêutica filosófica em admitir o imponderável, refutando a objetividade e a autoridade do método no âmbito das ciências humanas, torna o saldo positivo.

No mais, estamos cientes de que nosso trabalho nada representa em termos de evolução da ontologia proposta. Como dissemos, isso é tarefa que deixamos para quem se sinta qualificado para tanto.

(*) Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

³⁹ *Human Agency and Language – Philosophical Papers 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pág. 45.

Professor e Conselheiro-Curador da Escola Superior de Direito Público Municipal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. Professor da Funenseg – Fundação Escola Nacional de Seguros

Bibliografia

AQUINO, Tomás. *Comentários à Ética a Nicômaco*. Livro I, 1-8 (trad. de José Reinaldo de Lima Lopes).

_____. - *Suma teológica*, Iae, Iae, Q. 94, art.2o. (trad. de José Reinaldo de Lima Lopes em Lopes, Queiroz e Acca (2008) *Curso de história do direito*, São Paulo, Método, p. 54-56)

ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo, Edipro: 2011.

_____. *Ética a Nicômano*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2001.

AUBENQUE, Pierre. *A prudência segundo Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo, Discurso Editorial / Paulus: 2008.

DESCARTES, Rene. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Edipro, 2006.

_____. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Introdução do estudo do direito*. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 12ª. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GRISEZ, Germain. (2007) *O primeiro princípio da razão prática*. (trad. José Reinaldo de Lima Lopes) *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 179-214.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Edição Bilíngue – Português e Alemão. Tradução de Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 2011.

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: Investigações para a fenomenologia e Teoria do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes e outros. *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Hermenêutica e Completude do Ordenamento*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, nº 104, out/dez 1989. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181976>. Acesso aos 02/06/2013.

_____. *Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, nº 160, out/dez 2003. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

MACCORMICK, Neil. *Contemporary legal philosophy: the rediscovery of practical reason*. *Journal of Law and Society*, 10, 1983, pp. 1-18.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito - Crítica de Pensamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. *A prudência segundo Santo Tomás de Aquino*. *Síntese nova fase*, v. 20, n. 62, p. 365-385, 1993.

PATTERSON, Dennis. "Wittgenstein on understanding and interpretation" (Coments on the work of Thomas Morawetz). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284. Acesso aos 05/06/2013.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés, _____.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2002.

TAYLOR, Charles. *Human Agency and Language – Philosophical Papers 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TULLY, James. “Wittgenstein and political philosophy: understanding practices of critical reflection”, *Political theory*, 17 (2), pp. 172-204. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/191248?uid=2&uid=4&sid=21102367378377>. Acesso aos 05/06/2013.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição, revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edição Brasileira. 2d. São Paulo: Edusp, 1994.

_____. *Philosophical investigations*. 3. ed. Revista. Oxford: Blackwell, 2001.